

Concepciones de infancia en el Código Civil y en el Proyecto de Reformas de 2012: Una aproximación comparativa

Lucía Colombato*

RESUMEN

A partir de la comprensión de la niñez como una construcción cultural que se ha transformado a lo largo de la historia, y que como tal encierra diferentes ideas acerca de quiénes son los sujetos comprendidos en la categoría niño/a, su reconocimiento como personas y su tratamiento político y jurídico, nos proponemos analizar desde una aproximación comparativa las concepciones de infancia en el Código Civil y en el Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2012.

PALABRAS CLAVE

Infancia - Derechos humanos - Discurso jurídico

ABSTRACT

Conceiving childhood as a social construction that has changed along the history, and understanding such category as comprehensive of different ideas about involved subjects, and its political and legal treatment, we propose to analyze with a comparative approach conceptions of childhood in Civil Code and Civil and Commercial Code Reform Project of Argentina.

KEY WORDS

Childhood – Human rights – Legal discourse

1. INTRODUCCIÓN

El campo del derecho privado en nuestro país se ve agitado por la posibilidad cierta de la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial.

El Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2012)¹ se presenta como una alternativa a la tradición romana, hispánica y francesa que caracteriza al Código Vélez Sarfield –con su consiguiente división tajante con el derecho público– mediante la constitucionalización del derecho privado, que se erige entre las premisas axiológicas del nuevo código². De este modo, se pretende crear coherencia entre el derecho civil y el bloque de constitucionalidad federal que integran la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Otro de los aspectos valorativos³ tenidos en cuenta por la Comisión Redactora, integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci⁴, es la adopción de un paradigma no discriminatorio. Para ello, se parte del reconocimiento de que el sujeto tradicional del derecho privado ha sido varón –a lo que agregamos: blanco, propietario y heterosexual–, para ampliarlo, incorporando ahora a las mujeres, niñas y niños, pueblos originarios, y otros sujetos cuyos derechos no habían tenido recepción sistemática hasta el momento⁵.

Concierne a este artículo la subjetividad jurídico-política de las niñas, niños y adolescentes.

Es necesario destacar que el campo disciplinar del derecho civil se ha visto transformado por “la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), que ha sido ciertamente un *turningpoint* que colocó en el centro de la escena la cuestión del sujeto y sus derechos asociados” (Bustelo Graffigna 2012: 288).

Sin embargo, el reconocimiento de los niños/as como destinatarios de los derechos humanos, si bien produjo una paulatina afirmación de derechos en el ámbito del derecho civil, resulta insuficiente por sí mismo para consolidar una concepción capaz de escuchar sus voces y reconocer su capacidad de acción en nuestra sociedad.

El objetivo de este trabajo es indagar sobre los imaginarios y representaciones de infancia en el Proyecto de Reformas de 2012, mediante una aproximación comparativa con el Código Civil vigente, con el propósito de establecer continuidades y rupturas en las concepciones de infancia que uno y otro sostienen.

En el párrafo siguiente, se introducirán los aspectos que caracterizan el enfoque teórico escogido, que busca desnaturalizar las nociones de niñez y reconocerlas como cons-

1. En adelante Proyecto de Reformas. Articulado, Mensaje de Elevación y Fundamentos disponibles en: http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=codigo_civil

2. Fundamentos del Proyecto de Reformas, pág. 4

3. Además de los mencionados aspectos valorativos que caracterizan el Proyecto de Reformas, se cita en los fundamentos los siguientes: a) Código con identidad cultural latinoamericana, con una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano; b) Código de la igualdad, con normas orientadas por una ética de los vulnerables; c) Código de los derechos individuales y colectivos; d) Código para una sociedad multicultural; e) Código para la seguridad jurídica en materia de transacciones comerciales; f) Concepción amplia en materia de bienes tutelados. Fundamentos del Proyecto de Reformas, págs. 4-5.

4. La Comisión fue creada por Decreto 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional

5. Fundamentos del Proyecto de Reformas, pág. 5.

tructos sociales; a la vez que propone abandonar la perspectiva adultocéntrica, definiendo a los niños y niñas como ejes centrales de las problemáticas que los atraviesan.

A continuación, se desarrollará un análisis comparativo del Código Civil vigente y del Proyecto de Reformas, que se ceñirá a los institutos de la incapacidad por menor edad y la responsabilidad parental. A la vez, se considerarán, respecto de los tópicos referidos, los efectos de la renovación de los discursos asociados a la infancia, y se destacará en un párrafo separado la influencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de las normas internas de incorporación dictadas en consecuencia.

Interesa en esta ocasión profundizar en los aspectos discursivos de la norma, más que en los de estricta regulación jurídica, a los que se refiere en función del propósito perseguido.

Finalmente, se aportaran algunas reflexiones al respecto.

2. LA INFANCIA COMO CATEGORÍA ANALÍTICA EN LAS CIENCIAS SOCIALES

Para realizar el propósito del artículo, se parte de un abordaje que considera a la infancia como una categoría analítica en las ciencias sociales, que constituye una construcción socio-histórica, que no debe ser aislada de otras variables como el género, la raza o la clase social y que se caracteriza por una dimensión relacional con la adultez.

Los estudios sobre la niñez llaman la atención sobre el hecho de que la infancia es una construcción cultural que se ha transformado a lo largo de la historia.

Sin embargo, las representaciones de la sociedad occidental respecto de la niñez se encuentran fuertemente naturalizadas e invisibilizadas (Szulc, 2006) de manera tal que desde el sentido común se la concibe como un hecho biológico, una categoría ahistórica y homogénea, características que actualmente están siendo cuestionadas por las ciencias sociales.

La historicidad de la idea de infancia, ha sido estudiada entre otros por Aries (1962) que analizando las sociedades burguesas occidentales, concluye que la niñez es un producto de la modernidad.

Durante la Edad Media y a comienzos de la Edad Moderna, superada la primera etapa de máxima fragilidad y dependencia, los niños/as son considerados como adultos, con quienes comparten a los pocos años de edad la vida en sociedad, el trabajo y los juegos. Entrada la Edad Moderna, y de la mano de los sectores eclesiásticos, comienza el interés por su educación, entendiéndolos como individuos sin preparación para la vida social, lo que da origen a mecanismos para su formación -antes de acceder a la vida adulta- atribuidos a la familia y la escuela.

Por oposición a la indiferencia que caracterizaba la etapa anterior, nace entonces lo que Aries (1962) ha llamado el 'sentimiento de infancia', caracterizado por su reconocimiento como un status social diferenciado.

A la vez que se sustrae a los niños/as de los espacios de libertad de los que gozaban antes, para ser formados y dominados en sus cuerpos y almas, aparece otra sensibilidad hacia la infancia que acaba por estructurar la familia moderna a su alrededor.

La preocupación por la niñez trae aparejadas instituciones de las que los niños/as son objeto, como las educativas y también las relativas a su higiene y salud, dando origen incluso a disciplinas científicas como la puericultura, la pediatría y la psicología evolutiva, que monopolizan los estudios sobre el tópico, fortaleciendo su disminuido lugar en la sociedad. Esto consolidará la idea de la niñez como conjunto homogéneo, relegándola de la historia y del contexto socio económico y desconociendo su capacidad de agencia social (Szulc 2006).

Se pone en evidencia entonces, que la concepción de la infancia se transforma a la me-

dida de la realidad social dominante. Así:

Los principios de organización religiosa y militar presentes en períodos como el siglo XII y XIII dan origen a los niños de las cruzadas. Los principios de organización educativa y científica del siglo XVII y XVIII dan origen al niño escolar. Los principios de organización industrial dan origen a los niños trabajadores y a los aprendices del siglo XIX. Los principios de organización familiar dan origen al hijo de familia que realiza todas sus actividades en el hogar bajo la tutela de los padres. El fortalecimiento del Estado da origen a los hijos del estado (...) (Alzate Piedrahita 2011: 2).

El reconocimiento de las dimensiones socioculturales de la infancia viene de la mano de la antropología, que incorpora la cuestión a su campo de incumbencia mediante estudios pioneros como los de Margaret Mead (1930) y Ruth Benedict (1935), cuyo principal aporte es la desnaturalización de la problemática.

Luego de un período de silencio sobre la cuestión, deviene en Inglaterra una nueva sociología de la niñez, de la mano de James y Prout (1990), que contribuye a entenderla como un fenómeno que no reviste carácter universal, que debe ser estudiado desde una perspectiva interseccional, contemplando las variables género, raza y etnicidad, que reconoce a los niños como sujetos con capacidad de agencia social. Asimismo, desde esta corriente se considera al método etnográfico como el más adecuado para su estudio desde las ciencias sociales (Szulc 2006).

En el contexto latinoamericano, surgen también estudios antropológicos que critican la perspectiva 'adultocéntrica' y elaboran nuevas estrategias y propuestas metodológicas para el abordaje de la temática, entendiendo a los niños como sujetos sociales. Estas perspectivas se enrolan en la llamada 'antropología de las edades' (Feixa 1996) que no se limita a estudiar la niñez, sino las diferentes etapas vitales, considerándolas construcciones culturales no universales.

Si la infancia es una imagen colectivamente compartida que cada cultura define (Alzate Piedrahita 2002) podemos hablar, entonces, de representaciones sociales de infancia o representaciones de la niñez. Propongo analizarlas comparativamente en el Código Civil y en el Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2012)⁶.

3. REPRESENTACIONES DE LA NIÑEZ EN EL DISCURSO JURÍDICO

La niñez en el Código Civil vigente

En la sociedad contemporánea, las ideas hegemónicas entienden a los niños/as como un conjunto de individuos diferenciado del resto de la sociedad cuyas cualidades se definen por la negativa, es decir, por la privación de los caracteres esenciales que constituyen la categoría de la adultez (madurez intelectual y sexual, responsabilidad, capacidad de acción social).

Estas limitaciones que se les atribuyen como condicionamientos 'naturales', sirven como fundamento de una serie de instituciones jurídicas destinadas a regular la infancia, como la patria potestad, la tutela, la incapacidad y consiguiente inimputabilidad en materia

6. En adelante Proyecto de Reformas. Articulado, Mensaje de Elevación y Fundamentos disponibles en: http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=codigo_civil

civil y penal, en las que no son reconocidos como sujetos, sino más bien como objetos.

En este sentido, afirma Szulc (2006: 27) que:

El signo de la acción ejercida sobre ellos puede ser positivo o negativo, pero en ambos casos el lugar asignado a los niños es el de meros receptores de las acciones de otros, por supuesto, adultos. Esta oposición remite a la lógica dicotómica que ha marcado el abordaje de otras problemáticas, como género y etnicidad.

En el campo del derecho, la problemática de la niñez es abordada inicialmente en los códigos civiles, que reglamentan cuestiones como su capacidad, la administración de sus bienes, y su rol dentro de las relaciones de familia; y más adelante se desarrollan las normas destinadas a la situación de los niños/as abandonados y de los infractores de la ley penal.

En los sistemas jurídicos que como el nuestro siguen la tradición romanista, se divide la niñez en diferentes etapas en las que la situación de los niños y niñas va cambiando progresivamente⁷.

El Código Civil vigente en la República Argentina desde 1860, con sus sucesivas reformas, se refiere a los niños como 'menores' entendiendo por tales a quienes no hayan cumplido los 18 años de edad, de acuerdo al criterio adoptado por la Ley 26.579 de 2009⁸, que modifica entre otros el artículo 126 del Código Civil. Este criterio temporal permite coordinar nuestra legislación con lo dispuesto en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y equipararla al límite que han escogido contemporáneamente la mayoría de las legislaciones de tradición continental⁹.

Los 'menores' así definidos, aunque poseen capacidad de derecho, es decir, pueden ser titulares de derechos y obligaciones, tienen una condición jurídica de 'incapaces de hecho', es decir una ineptitud referida al ejercicio de tales derechos y obligaciones, que va cediendo a medida que el ordenamiento va autorizando ciertos actos de la vida civil.

El Código Civil Argentino, siguiendo la división en etapas que propuso el derecho romano, clasifica los menores en 'impúberes' y 'adultos' según hayan cumplido o no los catorce años de edad. De este modo, se establece una incapacidad de carácter absoluto¹⁰ en los pri-

7. En el Derecho Romano, sobre el final de la época clásica, la situación jurídica de los niños y niñas estaba distribuida en tres categorías. La infancia, desde el nacimiento hasta los 7 años era una etapa de incapacidad absoluta. El vocablo, que refiere a la imposibilidad de hablar, señalaba la ineptitud del sujeto para usar las formas solemnes verbales que debían seguirse en la celebración de los actos jurídicos. Desde los 7 hasta los 14 años, los niños eran considerados infanti majores, pudiendo celebrar sólo aquéllos actos que les reportaban ventajas sin obligación de contraprestación alguna. Finalmente los púberes, es decir los varones desde los 14 y las niñas desde los 12 años, eran básicamente capaces, aunque estaban sometidos a una curatela especial hasta alcanzar los 25 años para la celebración de actos patrimonialmente gravosos. (Conf. Llambías 1995; Rivera, 2004).

8. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/161874/norma.htm>

9. Originalmente el artículo 126 C. Civil establecía la mayoría de edad a los 22 años. En 1968 la ley 17.711 redujo el límite a los 21 años, y finalmente, luego de varios proyectos de reforma que aconsejaban reducir la edad a los 18 años en base a la necesidad de equiparar el criterio con otras normas, como la Ley de Contrato de Trabajo que autorizaba al menor de 18 años a celebrar Contrato de Trabajo sin autorización, advino la ley 26.579.

10. Aunque se la denomina incapacidad absoluta, lo cierto es que el código contiene excepciones a la regla de la incapacidad, aún para los 'menores impúberes': el ejercicio de la posesión a partir de los 10 años (art. 2392), la celebración del contrato de mandato (art. 1897), la contratación de suministros indispensables (art. 269). A su vez, los menores adultos están habilitados a: reconocer de hijos extramatrimoniales (art. 286), comparecer en juicio penal (art. 286), celebrar contrato de depósito (art. 2228) y mandato (art. 2259), celebrar contrato de trabajo (art.

meros (art. 54 inc. 2° C. Civil) y relativo en los segundos (art. 55 C. Civil). De todos modos, esta distinción no modifica su condición de incapacidad, dado que tanto unos como otros siguen considerándose básicamente incapaces para nuestro derecho, aunque en diferente grado: “Como es de suponer a favor del menor adulto concurren mayores facultamientos que los concedidos al menor impúber, pero es de notar que esas posibilidades de obrar, no se vinculan a la situación de adulto sino al cumplimiento de edades variables que la ley fija en cada caso” (Llambías 1995: 447-448). El fundamento de dicha incapacidad es su inmadurez, ya que se considera a los niños como sujetos que no han desarrollado su aptitud intelectual ni un aceptable conocimiento de la vida de relación (Llambías 1995: 442), que carecen de la noción de lo bueno y de lo malo y no pueden apreciar lo que puede o no ser conveniente (Cámara Nacional Civil, Sala A, 1997/11/27, La Ley, 1998-B, 878). En consecuencia, la finalidad del instituto de la incapacidad es la de brindarles protección y el remedio la representación –a cargo de sus padres o tutores– que implica la sustitución por otra persona en la totalidad de los actos jurídicos que pretenda otorgar.

Podemos advertir entonces, que el régimen de la incapacidad civil de los menores va de la mano de otro importante instituto jurídico del derecho de familia: la patria potestad; definida en el artículo 264 original del Código Civil como: “el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos en la persona y bienes de dichos hijos, mientras sean menores y no estén emancipados” y actualmente según Ley 23.264 de 1985 como: “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”¹¹.

La patria potestad implica además de la representación ‘necesaria’ –ineludible e insustituible por otra – y ‘universal’ –para todas las relaciones jurídicas– de los hijos por los padres, la posibilidad de que éstos intervengan en juicios y en contratos en nombre de los hijos sin su intervención (art. 274 C. Civil), el usufructo y administración parental sobre los bienes de los hijos (arts. 287 y 293 C. Civil), la facultad de corregir la conducta de sus hijos menores (art. 278 C. Civil) con el consiguiente deber de los hijos de brindarles respeto y obediencia (art. 266 C. Civil), entre otras atribuciones. Por su parte los padres tienen obligación alimentaria (art. 267 C. Civil) en favor de sus hijos, enmarcada en el derecho-deber de educación y cuidado (art. 265 C. Civil).

Este tratamiento jurídico apareja el acogimiento de los niños dentro de la institución de la familia y la escuela, a quienes la sociedad encomienda su tutela.

Por su parte, la legislación civil se complementa desde 1919¹² con un modelo tutelar de tratamiento penal conocido como ‘la doctrina de la situación irregular’, cuyas características fueron la sanción de una legislación específica y la creación del reformatorio como institución tutelar-represiva. Basada en la inimputabilidad penal, asigna al juez de menores una competencia absolutamente discrecional tanto en el tratamiento institucionalizado de

283 C.C. y 32 de la L.C.T.), administrar y disponer los bienes que hubieran adquirido producto de su trabajo, los que se encuentran excluidos del usufructo paterno (art. 287 inc. 1). Conf. Rivera (1994, 418-424).

11. En su redacción anterior según Ley 10.903, no incluía la expresión “para su protección y formación integral” que se agregara por Ley 23.264.

12. La Ley 10.903 creadora Patronato del Estado incorporaría el sistema irregular que luego sería mantenido por el Código Penal de 1921, y las leyes 14.394 y la ley 22.278. Disponibles en: www.infoleg.gov.ar

la niñez infractora de la ley penal como de aquélla en situación de abandono, de tal modo que el régimen resulta aplicable a todos los niños y niñas en situación de vulnerabilidad. Esta legislación utiliza también el término 'menor' para referirse a los niños y niñas.

El 'paradigma de la minoridad', base de la doctrina de la situación irregular, está integrado por un conjunto de creencias y prácticas dirigidas a la infancia sobre la base de la distinción entre mayor y menor de edad. El menor de edad es considerado como incapaz, pero con el simple paso a la mayoría de edad cambia radicalmente su situación jurídica hacia la capacidad plena. A esto han ayudado leyes, teorías, instrumentalización para su aplicación, etcétera. (...) El término menor constituye una expresión fundamental para este paradigma (González Contró 2011: 42).

La dicotomía niño/adulto a la que referimos *supra*, se replica en torno a las divisiones que dentro de la categoría infancia se revelan en el discurso, controvirtiendo la homogeneidad que desde el sentido común se le endilga.

Aunque para los técnicos del derecho está claro que el adjetivo 'menor' refiere a la situación del menor de edad, con el tiempo se ha arraigado su uso como sustantivo que designa a los niños, niñas y adolescentes, sobre todo en el campo del derecho penal.

Es así que en nuestro país y en el contexto latinoamericano, en su uso cotidiano, mientras la palabra 'niño' refiere a aquel sector de la población infantil objeto de sociabilización, educación y protección en el seno de la familia y la escuela, la palabra 'menor' alude a aquéllos excluidos del grupo anterior, que serán objeto de control penal estatal en instancias diferenciadas de las de los adultos.

'Menor', es entonces un vocablo eminentemente técnico jurídico cuya elección no resulta inocua. El lenguaje expresa realidades, especialmente en el campo del derecho, donde la 'minorización' de los niños/as se asocia fuertemente su concepción de incapacidad.

El uso del término 'menor' sustantivado crea un código lingüístico que disminuye a los sujetos de esta franja etaria, pues "al ser registradas y registrados por un adjetivo comparativo que implica menos que, esto podría llevarnos a concurrir que por su edad son menos que las personas adultas y, por tanto, tienen menos derechos y menos capacidades" (Pérez Duarte y Noroña y Ehnis Pérez Duarte 2011: 29).

Entonces, la cuestión no se reduce a lo terminológico sino que refleja posicionamientos teóricos y políticos que dan origen a un verdadero paradigma de la minoridad que, con sustento en la incapacidad hasta la mayor edad, coloca a los niños y niñas en un lugar de objeto —y no de sujetos— de protección y/o represión.

La Convención de los Derechos del Niño

Es de la mano del derecho internacional de los derechos humanos que, tardíamente, comienza el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

Superada la primera etapa de consolidación de los derechos humanos, una vez adoptado el conjunto de instrumentos conocidos como la Carta Internacional de los Derechos Humanos¹³,

13. La expresión Carta Internacional de los Derechos Humanos es el conjunto de instrumentos internacionales integrado por: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), sus dos Protocolos Facultativos referidos al procedimiento de denuncias individuales y la abolición de la pena de muerte, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

se desarrolla lo que se conoce como la etapa de especificación de los derechos humanos (...) que consiste en el paso gradual hacia una determinación o concreción de los sujetos titulares de esos derechos, es decir, la vinculación de esos derechos a las personas concretas de sus titulares, que es una respuesta a los problemas concretos derivados de su condición social, cultural o física (Álvarez de Lara 2011:1).

Si bien los niños/as son, como todos los seres humanos, destinatarios de los derechos humanos, se reconocerá en esta etapa su especial situación de desprotección y vulnerabilidad, lo que justifica la adopción en 1989 de un tratado específico: la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴, que da nacimiento a una otra mirada y otro discurso sobre la infancia, desde los que se edifica un nuevo paradigma: el de la protección integral.

Este nuevo paradigma pretende sustentar la protección integral que considera a cada niño, niña y adolescente como titular de todos los derechos contenidos en la Convención y las normas derivadas de ésta. Con base en algunos principios como el interés superior, la autonomía progresiva, el derecho a la no discriminación, entre otros, propone crear un nuevo patrón de tratamiento jurídico (González Contró 2011: 43).

Lamentablemente, desde el punto de vista terminológico la Convención utiliza el término 'niño' como comprensivo de niña, niño y adolescente, lo que contribuye a invisibilizar la problemática de género en el campo de los derechos humanos y a reafirmar la idea de homogeneidad de la infancia. En ese sentido, "cabe poner sobre la mesa una reflexión que ha sido acuñada desde la lucha por visibilizar a las mujeres y a sus derechos humanos: lo que no se nombra no existe" (Pérez Duarte y Noroña y Ehnis Pérez Duarte 2011: 29).

Dentro del concierto de los instrumentos sobre derechos humanos, la Convención es uno de los que posee los mecanismos más débiles de protección en cuanto sólo prevé la presentación de informes periódicos en los que los estados parte deberán informar el grado de avance en el cumplimiento de las obligaciones previstas en su texto. En ese sentido, los esfuerzos de distintas organizaciones internacionales interestatales y no gubernamentales han cuajado en la adopción en 2012 de un Protocolo facultativo que establece un mecanismo de denuncias individuales, que permite a cualquier individuo la presentación de denuncias contra los estados parte en instancias internacionales, pero aún no ha entrado en vigor por no haber obtenido las diez ratificaciones necesarias¹⁵.

Sin embargo, desde el campo jurídico la Convención resulta una piedra fundamental hacia la configuración de los niños/as como sujetos de derecho, al haber obtenido altísimo número de ratificaciones desde que fue abierta a la firma en 1989, los que contribuye a impulsar la representación social y política de este grupo (Álvarez de Lara 2011)¹⁶.

14. En adelante 'La Convención', no es el primer instrumento internacional que reconoce a los niños/as como titulares de los derechos humanos, pero sí el primero de carácter vinculante para los estados signatarios. Entre sus antecedentes se mencionan la Declaración de los Derechos del Niño de 1924, conocida como Declaración de Ginebra y adoptada en el seno de la Sociedad de las Naciones, y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, adoptada en el seno de la Organización de Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.20hchr.org/spanish/law/crc.htm>

15. Al momento de redactarse este artículo (junio 2013) el Protocolo cuenta con cinco ratificaciones.

16. Se critica el carácter (uni)versal de la Convención, en cuanto a que desenvuelve un fuerte discurso hegemó-

Constituye un instrumento que además de contener un catálogo de derechos civiles, económicos, sociales y culturales de los niños, niñas y adolescentes, establece cuatro principios fundamentales que sustentarán el paradigma de la protección integral: el principio de no discriminación (art. 2 inc. 1), el principio garantista del interés superior de la infancia (art. 3 inc. 1), el principio de supervivencia y desarrollo (art. 6 inc. 2) y el principio de la representación (art. 12 inc. 1).

A partir de la ratificación por nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, y más enfáticamente luego de la reforma constitucional de 1994, en la que se le otorga jerarquía constitucional al nombrarla entre los instrumentos del segundo párrafo del artículo 75 inciso 22, conviven entonces dos paradigmas contradictorios en relación a la situación jurídica de niños, niñas y adolescentes: el de la minoridad, plasmado en el Código Civil y en la Ley 22.278 y el de la protección integral, que paulatinamente fue penetrando en la jurisprudencia y en la legislación nacional¹⁷.

Refiriéndose a México, González Contró (2011: 43) afirma que:

La lenta superación del paradigma de la minoridad ha tenido algún reflejo en la legislación, tanto en lo que refiere a las categorías nominales jurídicas, como en los contenidos de las normas, aunque no es posible afirmar que se encuentre totalmente superado. (...) Sin embargo la convivencia de ambos paradigmas se refleja también en las normas que siguen utilizando, especialmente en el ámbito del derecho privado, la palabra menor.

Aplica también esta reflexión para nuestro país.

En este sentido constituye un avance la sanción en 2005 de la Ley N°26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que coloca a nuestra legislación en consonancia con las directrices que surgen de la Convención, a la vez que produce un trascendente cambio en el léxico jurídico.

El cambio en el lenguaje escogido, insuficiente por cierto, constituye un primer paso hacia el empoderamiento de los niños en el campo del derecho (González Contró 2011).

Es que, como sostiene Giménez (1989: 70), el derecho se nos presenta como un discurso, como una imponente y compacta construcción lingüística dotada de peculiares cualidades operativas. "En el plano del derecho decir es siempre hacer y sólo lo explícitamente dicho adquiere estatuto de existente" (Giménez 1989: 71). Su capacidad performativa (Austin 1982) derivada de la legitimación del Estado como sujeto autorizado a crear e interpretar la norma, le permite al derecho no sólo imponer modelos de comportamiento a través del enunciado, sino también configurar sujetos capaces de disputarle al propio Estado segmentos de poder. En este sentido,

nico en torno al concepto de niñez. En este sentido, Bustelo Graffigna (2012: 288) sostiene que: "La afirmación de los derechos y su configuración jurídico-institucional ha significado ciertamente un avance que, como en toda lucha, registra adelantos muy significativos pero que ha tenido también un costo que podría definir como una unidimensionalidad conceptual".

17. Legislativamente se ha otorgado capacidad de los adolescentes que han cumplido los 16 años para prestar su consentimiento de recibir instrucción sexual y métodos anticonceptivos. Asimismo, se ha reconocido el derecho de brindar asentimiento respecto de tratamientos o prácticas que se realicen sobre su propio cuerpo siempre que tengan discernimiento, cuestión vinculada a la competencia bioética. Jurisprudencialmente, se reconoció a los niños, niñas y adolescentes el derecho a ser oídos en juicios en los que se ventilen cuestiones vinculadas a su tenencia, régimen de visitas, etc.

Los derechos humanos son los mecanismos por los cuales se le quita parte del monopolio del uso del poder al Estado, en beneficio de la sociedad civil. El crear un derecho que sea distinto al del soberano es la representación simbólica de las relaciones de poder y resistencia inmanentes al poder mismo (Aguilera Portales y Cruz 2011: 5-6).

La redacción y discusión del Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2012, tiene lugar en un particular escenario histórico de ampliación de derechos, que desde el discurso se expresa también en el desenvolvimiento de políticas de nombrar, como estrategia para la inclusión¹⁸.

EL PROYECTO DE REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

El Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de la República Argentina presentado en 2012 para su tratamiento en el Congreso de la Nación, al legislar sobre capacidad en su Libro Primero, Capítulo 2, Sección 1º considera entre las personas incapaces de ejercicio a “la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2ª de este capítulo” (artículo 24 inciso b).

A continuación, al regular el régimen de la capacidad de ejercicio, conserva en este capítulo el uso de la palabra ‘menor’ pero siempre acompañado de los vocablos ‘de edad’. Así, en su artículo 25, determina los conceptos de menor de edad y adolescente: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho (18) años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece (13) años”.

No compartimos que se haya conservado la expresión ‘menor de edad’, aunque se incluya el elemento comparativo que permite integrar o completar su significado.

El vocablo menor refleja una situación relacional en la que siempre habrá un mayor, por lo que a primera vista parece desaconsejable su uso, y es precisamente ésta la primera de una serie de razones que motivan la argumentación a favor de cambiar esta denominación fuertemente arraigada en el léxico jurídico (González Contró 2011: 35).

18. En Argentina, se asiste desde 2009, a un proceso de ampliación de derechos, que se ha expresado en la adopción de una serie de leyes, a instancias del Poder Ejecutivo Nacional, tendientes a consolidar logros concretos en materia de respeto por los derechos humanos en condiciones de igualdad y sin discriminación. En ese contexto, y en lo referido a derechos individuales, se aprobó en 2010 la Ley 26.618, conocida como ‘Ley de Matrimonio Igualitario’, que introdujo reformas en el Código Civil vigente a fin de otorgar regulación y protección legal a las uniones entre personas del mismo sexo. En 2012, se aprobó la Ley 26.743, que establece el derecho a la identidad de género autopercebida, instituyendo una protección específica a la diversidad sexual. En el campo del derecho a la salud, se regularon los derechos de la mujer en el parto y de la persona recién nacida (Ley 25.929); se otorgó estatus jurídico a los principios protectores de los enfermos mentales expresados por las Naciones Unidas (Ley 26.671) y, recientemente, se reconoció el derecho a la fertilización médicamente asistida a todas las personas mayores de edad, sin posibilidad de discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan el acceso a las prácticas (Ley 26.862). También se reconocieron las personas, en su calidad de pacientes, los derechos a la dignidad, la autonomía, la información sanitaria, el consentimiento informado, las directivas anticipadas (Ley 26.529), y a la muerte digna (Ley 26.742); y se regularon los derechos sexuales y reproductivos (leyes 25.673, 26.150 y 26.130). En lo referido a derechos sociales, cabe destacar la creación en 2009 de la Asignación Universal por Hijo y por Embarazo para protección social.

En el articulado del Proyecto de Reformas se utilizan también los términos ‘niña, niño y adolescente’, y en ocasiones el generizado ‘niño’, como comprensivo de todos ellos, que como hemos visto no son palabras vulgares sino que tienen ya raigambre constitucional y legal.

Desde la técnica jurídica parece irrelevante cambiar la palabra ‘menores’ utilizada desde tiempos inmemoriales para hacer referencia a las personas menores de edad (...). Sin embargo, la técnica jurídica no debe estar alejada de la realidad en que se aplica el derecho, ni puede ser ajena a los esfuerzos por construir una sociedad incluyente y verdaderamente democrática, basada en el reconocimiento y respeto de todas las personas que la integran, más allá de las diferencias que puedan existir, por edad, clase social, origen, nacionalidad, ideologías, preferencias sexuales, creencias religiosas, etcétera. (Pérez Duarte y Noroña y Enhis Pérez Duarte 2011: 32)

Pese al uso del vocablo ‘menor’, el Proyecto de Reformas intenta superar el paradigma de la minoridad.

Al tener en cuenta la noción de adolescencia como comprensiva de aquéllos niños/as ubicados en un franja de entre trece y dieciocho años (art. 25), incorpora la regla prevista en el art. 5 de la Convención que consagra la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes. Este principio se refleja en las normas sobre responsabilidad parental, que regulan la participación de los niños/as en los procesos judiciales en los que se dirimen cuestiones que les atañen¹⁹, y en las relativas a su competencia para decidir sobre tratamientos médicos a los que deban someterse²⁰.

En ese sentido, el Proyecto propone también una sólida transformación en las instituciones que regulan las relaciones entre padres e hijos. Afirmando que “el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico”²¹, sustituye la expresión patria potestad que coloca a los niños/as en una relación de dependencia absoluta de la estructura familiar, por la ‘responsabilidad parental’, que refleja el conjunto de facultades y deberes de los padres en miras a la satisfacción del principio de interés superior del niño.

Así, el art. 638 del Proyecto adopta una fórmula similar a la del art. 264 vigente, definiendo la responsabilidad parental como: “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”²², para establecer luego una serie de principios generales que regirán la responsabilidad parental en su art. 639 que establece: “La responsabilidad parental se rige por los siguientes

19. Según el proyecto, todos los niños/as tienen derecho a ser oídos en los procesos judiciales que les conciernen, así como el de participar en las decisiones referidas a su persona (art. 26 tercer párrafo). En caso de conflicto con sus representantes, pueden intervenir en juicio con asistencia letrada (art. 26 segundo párrafo)

20. El Proyecto prevé que a partir de los trece años, los adolescentes pueden decidir por sí sobre tratamientos no invasivos, o que no comprometan su estado de salud o impliquen riesgo para su salud. En cuanto a los tratamientos invasivos, el consentimiento deberá ser prestado por el adolescente con asistencia de los representantes. Luego de los dieciséis años, los adolescentes son considerados como adultos en lo referido a las decisiones sobre su propio cuerpo (art. 26 cuarto y quinto párrafo)

21. Fundamentos del Proyecto de Reformas, 597

22. Obsérvese la eliminación de la expresión ‘desde la concepción’.

principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

Se deroga el llamado poder de corrección, reemplazándolo por la obligación de prestar cuidado, orientación y dirección (art. 646), con miras a la efectividad y ejercicio de sus derechos. Paralelamente, se sustituye el deber de obediencia de los hijos/as hacia sus progenitores, por obligaciones de respeto, colaboración y cuidado (art. 671). Otra importante transformación es el reemplazo del instituto del usufructo parental sobre los bienes de los hijos/as, por una obligación de conservación y reserva de dichos bienes en su beneficio (art. 697). En el cuadro, ubicado *infra* se esquematiza la comparación de los tópicos analizados.

Entre los aspectos valorativos que sustentan axiológicamente al Proyecto de Reformas se encuentra el de ‘constitucionalización del derecho privado’, que intenta construir una coherencia entre derechos humanos y derecho privado, basándose en un paradigma no discriminatorio y un código de igualdad²³. En esa dirección, el Proyecto asume la necesidad de adecuar nuestro derecho positivo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño²⁴.

REFLEXIONES FINALES

Esta primera aproximación comparativa entre el Código Civil vigente y el Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de la República Argentina en lo referido a las concepciones de infancia permite advertir que mientras el primero se enrola claramente en el paradigma de la minoridad, concibiendo a los niños y niñas en términos de incapacidad y sometidos a la potestad de los adultos; el segundo intenta su superación para inscribirse en el paradigma de la protección integral, avanzando hacia el reconocimiento como sujetos de derecho de los individuos involucrados en la categoría.

Aunque celebremos las transformaciones propuestas en relación a la autonomía progresiva y al régimen de la responsabilidad parental, entendemos que los cambios propuestos resultan insuficientes que para migrar del paradigma de la minoridad al de la protección integral.

Si se tiene en consideración que han transcurrido dos décadas desde la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del niño, y que desde entonces se desarrolla un lento pero firme proceso de transición, acompañado por decisiones jurisprudenciales e instrumentos legislativos que paulatinamente ampliaron las situaciones en las cuales las voces de niñas y niños son tenidas en cuenta, debe reconocerse también que es posible un cambio de paradigma que atraviese el derecho de fondo.

Para ello, es necesario acompañar una eventual reforma del Código Civil con un nuevo régimen penal de la minoridad que sustituya la vigente Ley 22.278, en tanto esta somete no tanto a los niños y niñas infractores de la ley penal, como a los que por otras razones se encuentran también en situación de desamparo y fragilidad a la decisión discrecional de los jueces. Lo contrario implicaría consolidar la dicotomía niño/a-menor, acentuando

23. Fundamentos del Proyecto de Reformas, 523

24. Fundamentos del Proyecto de Reformas, 544

el tratamiento jurídico diferenciado entre los niños/as amparados en el seno de la familia y aquéllos que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad.

En ese sentido y desde el punto de vista terminológico consideramos que sería provechosa la unificación del criterio escogido por el Proyecto de Reformas, eliminando el uso de las expresiones 'menor de edad' y del sustantivo generizado 'niño' como comprensivo también de las niñas.

Si como lo sostiene Foucault, el discurso jurídico produce los sujetos que luego dice representar, constituyéndolos, definiéndolos, legitimando hegemonías e invisibilizando subordinaciones, es necesario esforzarnos por descartar aquellos términos que resultan discriminatorios, para construir una sociedad verdaderamente democrática y consustanciada con la promoción y protección de los derechos humanos.

El uso de los vocablos niño, niña y adolescente, acompañado por instituciones que los conciben como sujetos plenos de derecho, implica su reconocimiento como seres humanos, el respecto de su dignidad y su consideración como parte integrante de nuestra sociedad.

CUADRO 1	CÓDIGO CIVIL VIGENTE	PROYECTO DE REFORMAS 2012
CAPACIDAD		
Terminología	Menores	Menor de edad/Niño/Adolescentes
Extensión de la niñez	Desde la concepción (arg. art. 264) Hasta los 18 años de edad (Redacción original: 22 años; Ley 17.711: 21 años;	Desde la concepción en el seno materno o implantación del embrión hasta los 18 años de edad (art. 19). Nota: este artículo ha sido modificado por la Cámara de Diputados al darse media sanción al proyecto. En la nueva redacción la vida comienza desde la concepción.
	Ley 26.579: 18 años)	
Clasificación	Menores impúberes (hasta 14 años)	Menor de edad (hasta 18 años)
	Menores adultos (de 14 a 18 años)	Adolescente (de 13 a 18 años)
Carácter de la incapacidad	Menores impúberes: incapacidad de hecho absoluta (art. 54 inc. 2) Menores adultos: incapacidad de hecho relativa (art. 55)	Respecto de los menores se elimina la clasificación de la incapacidad de ejercicio en absoluta o relativa. Incorpora la progresividad (art. 26, 2° p.) Incorpora la noción de "competencia" respecto al cuidado de su cuerpo
Fundamento de la incapacidad	Inmadurez	Edad y grado de madurez
Finalidad de la incapacidad	Otorgar Protección	Otorgar protección
Remedio	Representación necesaria y universal por sus padres o tutores basada en la patria potestad	Representación que disminuye progresivamente a mayor autonomía del niño/a. En algunos casos asistencia.
Actos que pueden otorgar/ derechos que se les reconocen	Menores impúberes: ejercicio de la posesión a partir de los 10 años (art. 2392); Celebración del contrato de mandato (art. 1897); contratación de suministros indispensables (art. 269) Menores adultos: reconocer de hijos extramatrimoniales (art. 286), comparecer en juicio penal (art. 286), celebrar contrato de depósito (art. 2228) y mandato (art. 2259), celebrar contrato de trabajo (art. 283 C.C. y 32 de la L.C.T.), administrar y disponer los bienes que hubieran adquirido producto de su trabajo, excluidos del usufructo paterno (art. 287 inc. 1).	Todos los niños/as tienen derecho a ser oídos en los procesos judiciales que les conciernen, así como el de participar en las decisiones referidas a su persona (art. 26, 3° párrafo). En caso de conflicto con sus representantes, pueden intervenir en juicio con asistencia letrada (art. 26, 2° párrafo) Los adolescentes pueden decidir por sí sobre tratamientos no invasivos o que no comprometan su estado de salud o impliquen riesgo para ella. Respecto de tratamientos invasivos, el consentimiento deberá ser prestado por el adolescente con asistencia de los representantes. Luego de los dieciséis años, los adolescentes son considerados adultos en lo referido a las decisiones sobre su propio cuerpo (art. 26, 4° y 5° parr.)
PATRIA POTESTAD		
Terminología	Patria Potestad	Responsabilidad parental
Definición	el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado	el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado
Actos a los que faculta	Representación necesaria y universal sin su intervención (art. 274) Usufructo y administración parental s/ bienes de los hijos (art. 287 y 293) Poder de corrección (art. 278) Deber de los hijos de respeto y obediencia (art. 266)	Representación o asistencia con limitaciones (art. 26) Obligación de conservación y reserva de los bienes en su beneficio Obligación de cuidado, orientación y dirección (art. 646) Obligación de respeto, colaboración y cuidado (art. 671)
Obligaciones que acarrea	Alimentos (art. 267) Derecho deber de educación y cuidado (art. 265)	Deberes de los progenitores para con los hijos (art. 646) a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar sus necesidades específicas según sus características psicofísicas, aptitudes, inclinaciones y desarrollo madurativo; c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído, a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus d. personalísimos; d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; e) respetar y facilitar su derecho a mantener relaciones personales con abuelos, parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; f) representarlo y administrar su patrimonio

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Portales, Rafael Enrique y González Cruz, Joaquín (2011). “*Derecho, Verdad y Poder en la teoría jurídico-política de Michel Foucault*”. A parte rei, Revista de Filosofía. Disponible en: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/portales74.pdf>. Consultado 04/04/2012.
- Álvarez de Lara, María Rosa (2011). “*El Concepto de Niñez en la Convención sobre Derechos del Niños y en la Legislación Mexicana*”. En María Monserrat Pérez Contreras y María Carmen Macías Vázquez (Coord.), Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes (1-11). México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- Alzate Piedrahita, María Victoria (2002). “*Concepciones e imágenes de la infancia*”. Revista de Ciencias Humanas N° 28.
- Aries, Philippe (1987). *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen [1960]*. Madrid: Taurus.
- Austin, John Langshaw (1982). *Cómo hacer cosas con palabras: Palabras y acciones*. Barcelona: Paidós.
- Bustelo Grafignia, Eduardo (Septiembre – Diciembre 2012). “*Notas sobre infancia y teoría: un enfoque latinoamericano*”. Salud Colectiva, Vol. 8 (3), 287-298.
- Feixa, Carles (1996). “*Antropología de las edades*”. En Joan Prat y Ángel Martínez (Eds.), Ensayos de Antropología Cultural. Homenaje a Claudio Esteva-Fabregat (319-335). Barcelona: Ariel.
- Giménez, Gilberto (1989). *Poder, Estado y Discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*. México: Universidad Autónoma de México.
- González Contró, Mónica (2011). “*¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*”. En María Monserrat Pérez Contreras y María Carmen Macías Vázquez (Coords.), Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes (35-49). México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- Llambías, Jorge Joaquín (1995). Tratado de Derecho Civil, Parte General [1960], Tomo I. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena y Silvia Ehnis Pérez Duarte (2011). “*El menor: ¿sinónimo de niño, niña y adolescente?*”. En María Monserrat Pérez Contreras y María Carmen Macías Vázquez (Coords.) Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes (23-34). México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- Rivera, Julio César (1994). Instituciones del Derecho Civil. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis – Abeledo Perrot.
- Szulc, Andrea (2006). “*Antropología y Niñez: de la omisión a las ‘culturas infantiles’*”. En Guillermo Wilde y Pablo Schamber (Eds.). Cultura, comunidades y procesos contemporáneos (25-50). Buenos Aires: Editorial SB.